



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Documentos subsanables y no subsanables en la licitación pública*

David Reales Ríos**

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente texto busca ser el medio para indicar como en los procesos de licitación es posible subsanar ciertos documentos, para poder concentrar las actuaciones y a su vez cumplir los principios rectores de la administración; esto como garantía del mercado para oferentes, para iniciar a competir bajo reglas comunes impuesta por una parte dominante de la relación contractual. Este texto busca establecer que documentos son susceptibles de subsanación y cuáles no, además de un análisis normativo y jurisprudencial en materia de subsanación de documentos en el proceso de licitación pública.

Palabras claves: Contratación estatal, licitación pública, documentos habilitantes, documentos ponderables, derecho administrativo, Colombia

Abstract

This text want to be the conduct to indicate how in the bidding processes it is possible to correct some documents, in order to concentrate the actions and comply with the guiding principles of the administration; this is a guarantee of the market for bidders, to enter into competition under common rules imposed by a dominated part of the contractual relationship. This text want to establish what kind of documents are subject to correction, in addition to a

* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado bajo la Dirección del Doctor German Ortega Docente de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2019

** David Reales Ríos. Optante al Título de Abogado de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia., código 2114084; Correo institucional: dreales@ucatolica.edu.co

normative and jurisprudential analysis regarding documentation in the public bidding process.

Keywords: State procurement, public tender, enabling documents, weighted documents, administrative law, Colombia

Sumario

Introducción 1. Licitación pública. 1.1. Contexto histórico. 1.2. Estructura licitación pública. 1.2.1. Documentos habilitantes. 1.2.2. Documentos ponderables. 2. Régimen de subsanabilidad. 2.1. Evolución normativa. 2.2. Evolución jurisprudencial 3. Documentos subsanables y no subsanables. 3.1. Documentos habilitantes jurídicos. 3.2. Documentos habilitantes financieros 3.3. Documentos habilitantes técnicos 3.4 Documentos de desempate. Conclusiones. Referencias

Introducción

La licitación pública como forma de contratación estatal, corresponde a un mecanismo de selección necesario para suplir las necesidades de la administración en términos de relaciones con los particulares, sin embargo, partiendo de un análisis de procesos humanos es posible estar incurrido en errores a la hora de presentar la oferta.

Por esto se permite arreglar dichos errores a través de la subsanabilidad como derecho que le asiste al oferente para corregir ciertas situaciones contenidas en la ley y los desarrolladas jurisprudencialmente, por esto, surge un interrogante ¿Cuáles son los documentos subsanables y no subsanables en la licitación pública en Colombia?, el presente artículo busca disertar un poco sobre aquellos documentos, a fin de dar una guía que en la práctica administrativa lleve al operador a reconocer dichos documentos para no incurrir en conductas que generen perjuicios en el proceso de contratación Estatal.

La normativa vigente, parece no desarrollar de una manera muy completa este tema, sin embargo, la producción del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha desarrollado líneas de decisión que permiten inferir cuales documentos son en potencia subsanables; de este modo, la metodología implementada es de tipo descriptiva analítica.

Tras la propuesta analítica se busca establecer los principales factores que inciden en la etapa de presentación de documentación que acredite condiciones específicas para lograr

determinar su puntuación en el proceso de contratación con miras a la escogencia de una propuesta en concreto, para poder determinar qué clase de documentos son subsanables y cuáles no.

1. Licitación pública

Tras la revolución francesa, el proceso de construcción jurídico-político del Estado se convirtió en un proceso complejo, en el cual se involucraban diversos factores como principios, valores y normas que correlacionados con el factor humano y de interacción Estado-persona conforman relaciones complejas que permiten cumplir los fines esenciales del aparato político.

En ese sentido nace la licitación pública como forma de contratación estatal en la cual múltiples oferentes se presentan a entidades estatales para proveer bienes y servicios permitiendo la adecuada distribución de los recursos, todo esto en los términos previstos por la ley y las diferentes entidades en relación directa con el mercado; en primera medida se está ante una modalidad de implementación contractual que parte del interés económico de las partes, sin embargo se involucran factores como el bienestar común y los recursos públicos, en ese entendido, exponen Solórzano, Navío y Contreras (2015) que el valor de la contratación estatal es ahora de tipo social, económico, ecológico que debe propender por el bienestar y la eficiencia.

Adaptando el pensamiento acerca del valor social de la contratación en términos de la legislación colombiana, se encuentra que a través de la irradiación constitucional los principios, entendidos como normas concretas de orientación de funciones juegan el papel de propender por intereses superiores al económico en torno a la contratación como un acto de mercado.

Dejando ver los contratos bajo la interpretación Cooter y Ulen (2016) como una institución legal que permite satisfacer necesidades transaccionales y de propiedad, fundamentadas en un acto económico-jurídico donde se comprenden derechos paralelos con

obligaciones; para convertirse en un instrumento con visión tuitiva que permite la maximización de recursos que transados de manera eficientes logran aumentar el beneficio social redistribuyendo la riqueza y mejorando los niveles de vida.

Es entonces la licitación un mecanismo para satisfacer las necesidades del Estado a través de la contratación, este mecanismo se enmarca en postulados constitucionales en los artículos de la Carta Política de 1991 que trata los fundamentos de la función pública¹ y de los fines esenciales del Estado² así como las actividades de interés para el desarrollo económico y social en Colombia, la actividad de contratación estatal se rige bajo los supuestos facticos de la Ley 80 de 1993 en la cual se desarrollan no solo los postulados facticos sino los principios, y demás contenido normativo para desarrollar el ejercicio de la contratación estatal.

ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los

¹ “Artículo 209 La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.” (Const. 1991)

² “Artículo 2 Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Const. 1991)

principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (Ley 80, 1993, p. 11).

Del ejercicio de interpretación normativa se sustraen como principios rectores la transparencia, economía y responsabilidad, junto con otro principio base de la hermenéutica normativa y la práctica de la contratación como lo es la selección objetiva; Rodríguez (2018) analiza los principios en dos sentidos, el primero como fundamento del ordenamiento jurídico y el segundo como directriz de interpretación, es decir como directriz del ejercicio hermenéutico; la contratación pública en si misma trae inmersa el principio de publicidad para garantizar procesos transparentes, es decir, libres de cualquier vicio.

Por su parte, la selección objetiva según la Ley 1150 de 2007, art 5³ que complementa al Estatuto General de Contratación es la actividad de escoger a un oferente en razón de

³ **ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.** Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.
3. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

calidad, precio, producto, capacidad jurídica, de experiencia y financiera; dejando de lado toda motivación subjetiva para poder hacer la elección más beneficiosa.

El principio de economía tiene su principal acepción en la economía procesal como lo indica el art 25 de la Ley 80 de 1993, surtiendo de manera estricta las etapas procesales determinadas para dar cumplimiento cabal al principio de selección objetiva y dar escogencia la propuesta más favorable. Por su parte los principios de economía y responsabilidad implican partir de la base de un análisis racional de la economía y el derecho, tal como lo explica Coase (1960) quien parte de la premisa sólida de que el mercado se compone de agentes racionales que buscan maximizar toda clase de beneficios para llegar en condiciones determinadas al punto óptimo de la negociación dando resultados económicos positivos en el ejercicio de la transacción, es decir, estos principios orientan el actuar del ejecutante del gasto público en términos de racionalidad y maximización del benéfico.

1.1. Contexto histórico

La necesidad de proveer al Estado de bienes y servicios nace a partir de la conformación del Estado mismo, ya los griegos vislumbraban la diferencia entre espacios públicos y espacios privados, pero fueron los romanos quienes empezaron a ver la persona jurídica del Estado como ente con capacidad negocial y contractual, esto origino que surgieran procesos de contratación que se realizaban a través negocios jurídicos.

Distinguiendo como explica Espitia (2012) entre las cosas públicas y privadas, generando connotaciones jurídicas distintas para cada uno de los escenarios incluso en

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

aspectos de mantenimiento de las cosas o compra de las cosas, pero esta distinción hizo que el esquema de contratación entre el estado y los particulares fuese en extremo ritual dado que lo que estaba de por medio eran los fondos públicos.

Fue hasta la revolución francesa donde el cambio fue realmente importante, porque el Estado deja de ser totalitario y empieza a ser concertado entre los asociados para definir sus reglas y el manejo de los recursos comunes, en ese momento histórico se desarrollan normas contractuales claras, pero se asemejan a la contratación privado, es ahora un acuerdo de voluntades que se enmarca en la teoría clásica del negocio jurídico.

Medina (2019) comienza su narración del contexto histórico de la contratación estatal en el siglo XIX donde existían dos formas de contratación, la contratación bajo el régimen jurídico privado y la concesión, en donde el Estado entregaba sus funciones para que terceros privados las realizaran y sacaran lucro de estas, es decir prestaban bienes y servicios avalados por el Estado para el Estado.

En 1882 se adopta el Código Civil y esas reglas rigen la contratación como si fuesen dos personas de derecho privado quienes contratan, bajo esas reglas no había distinción entre particulares y Estado a la hora de realizar un acto negocial y contractual, posteriormente llega la Ley 104 de 1892 donde se regula la concesión de vías férreas, en esa ley existía una particularidad y era la presentación de estados financieros y fianzas para poder acceder a ser proponente para la concesión, de ese modo se empiezan a diferenciar levemente las normas de contratación entre los particulares y los particulares y el Estado.

Es con la Ley 110 de 1912 donde se empieza a diferenciar claramente entre contratación estatal y contratación privada, en esa ley se expresó claramente el régimen jurídico de un contrato celebrado en nombre del Estado donde se obliga a la construcción de obras o prestación de servicios; además incluyó el principio de igualdad para la contratación.

En 1913 se dicta el primer código administrativo, sin embargo, no dota al Consejo de Estado de competencia jurisdiccional sobre asuntos contractuales, continuando el régimen de la contratación no como un acto de derecho privado, pero si como un acto a resolver por la jurisdicción civil ordinaria y penal cuando hubiere caso a ello; como quiera entonces que el nuevo código no variaba el régimen de contratación.

Fue en 1955 cuando mediante Decretos 351 y 1050 se expidieron el Estatuto Nacional De Compras y el Estatuto Del Empréstito De Operaciones De Crédito respectivamente, donde por primera vez las normas de contratación no están determinadas por la autonomía de la voluntad privada sino por mandato jurídico, esto hace que ya no exista negociación, solo oferta robusteciendo al Estado como parte dominante de la relación contractual, para proteger el interés común; sin embargo, es hasta 1964 con el Decreto Ley 528 cuando se le asigna la competencia de dirimir conflictos de naturaleza contractual entre particulares y el Estado al Consejo de Estado dejando de lado por completo la jurisdicción civil.

Entre 1976 y 1993 se dictan 3 estatutos contractuales cada uno con sus respectivos vacíos, Palacios (2016) explica como el más complejo vacío ha sido el de selección objetiva y la transparencia como falta de un interés general que propenda por el fortalecimiento del aparato estatal; después de ese recorrido normativo se llega en 1993 a la Ley 80 que rige hasta el día de hoy como marco normativo para la contratación estatal.

Sin embargo, la evolución de la contratación no se detiene ahí, en España, expone Gallego (2017) que es requisito sine qua non las cláusulas ambientales que permitan el fortalecimiento de lazos naturales, culturales, ecológicos y económicos que permitan reestructurar los sistemas de adjudicación.

1.2. Estructura licitación pública

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, entiende por licitación pública “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable” (p. 17).

No es el objeto de este trabajo definir de manera extensa y precisa las etapas de la licitación pública, sin embargo, es necesario para efectos conceptuales definir con claridad y puntualidad ciertas etapas, partiendo de la premisa fundamental del acto administrativo como fuente de derecho en la administración pública.

Fernández (2015) plantea el acto administrativo como fuente de derecho, mediante la cual, a través de un acto de contenido administrativo, se manifiesta de manera expresa y voluntaria una decisión de la administración, esta decisión parte de la autonomía del poder público y por tanto es unilateral.

Lo primero que surge en el proceso de licitación es una necesidad por parte de la administración, necesidad que debe satisfacerse en criterios calidad y precio, volviendo a hacer alusión a los principios de eficiencia y economía; se convierte en una actividad de mercado, con relación entre oferta y demanda, como el demandante es solo uno, los precios empiezan a disminuir en las ofertas en razón de la competitividad del mercado.

La Cámara de Comercio de Bucaramanga (2016) explica los pasos de la licitación pública por etapas, todo en concordancia con la Ley 80 de 1993:

1) se presenta un proyecto de pliego y estudios previos, en el, se establecen las condiciones jurídicas, técnicas y financieras del proyecto; en esta etapa los interesados pueden hacer observaciones sobre los requerimientos, la entidad podrá aceptarlas o

rechazarlas, por principio de publicidad y el carácter propio que llevan consigo los documentos públicos, cualquier ciudadano puede hacer sus observaciones.

En esta primera etapa se presenta el estudio de mercado, y se da aviso de la convocatoria, citando a todos los interesados, bien sea como oferentes o como veedores, también da aviso a las entidades de control y demás entidades que por la naturaleza del contrato a celebrar deban ser vinculadas

2) Posterior a la etapa preliminar del pliego, se efectúa a través de acto debidamente motivado la apertura, donde en términos claros se presenta el pliego definitivo con las condiciones finales para el proceso de contratación, además se fijan fechas en cronograma para establecer cuando se cierra la convocatoria, cuando deben hacerse entregas y demás aspectos relacionados; antes de la evaluación del siguiente punto se surte el cierre del proceso de contratación que es la fecha límite para que los oferentes concurren al proceso de contratación

3) El comité dispuesto por la entidad, revisa las propuestas y abre el periodo de subsanación, para que los proponentes aclaren o corrijan su oferta en lo relativo a aquello que según los pliegos no otorgue puntaje, después de esto la entidad hace pública la evaluación en un término de 5 días para que los interesados se manifiesten; antes de la publicación, el comité designado, informa quienes están habilitados y quienes rechazados todo mediante acto debidamente motivado, la entidad revisa las ofertas publica un informe de evaluación preliminar informando quienes están habilitados, otros inhabilitados (termino para decir que no se cumple con algún requisito) o rechazado, y corre traslado del informe de evaluación a los oferentes por un término de 5 días para que ejerzan su derecho a la subsanación sobre aspectos habilitantes.

En este momento del proceso de selección la entidad revisa las ofertas publica un informe de evaluación preliminar informando quienes están habilitados, otros inhabilitados (termino para decir que no se cumple con algún requisito) o rechazado, y corre traslado del

informe de evaluación a los oferentes por un término de 5 días creos para que ejerzan su derecho a la subsanación sobre aspectos habilitantes

4) Por último, en audiencia pública se resuelven las observaciones con los oferentes y se determina el orden de selección y procediendo a adjudicar el contrato a quien obtenga el primer puesto según las reglas dispuestas en los pliegos y las leyes concordantes

En cuanto, a la estructura de la oferta de un proponente en concordancia con el pliego de condiciones se tiene que se requiere los siguientes aspectos, aunque los documentos solicitados pueden variar, esta estructura se mantiene en un nivel general.

1. Certificado de existencia y representación legal o su equivalente, para verificar la existencia de la persona jurídica, las facultades del representante legal e inscripción del revisor fiscal, además del respectivo objeto social, verificando que este le permita al oferente desarrollar la actividad requerida.

2. Autorización, la autorización la dará el representante legal si es de sus funciones o el máximo órgano social si fuere necesario de conformidad a los estatutos, esto para poder comprometer a la persona jurídica.

3. Documento de conformación de modalidades asociativas, si fuera el caso y se presentara un consorcio o unión temporal.

4. Garantía de seriedad de la oferta, este documento permite mantener la seriedad del negocio a celebrarse para constatar que no se retirara.

5. Registro único de Proponentes para validar capacidad financiera acreditar la experiencia del oferente y la clasificación UNSPSC de la Naciones Unidas.

6. Documentos que acrediten el respaldo técnico de la propuesta.
7. Información sobre experiencia específica, estos para verificar que en área a licitar el oferente tenga la experiencia requerida para adelantar y dar cabal cumplimiento a su oferta.
8. Documentos ponderables (Oferta económica, ofrecimientos adicionales, industria nacional y acreditación de vinculación de personal con discapacidad)
9. Documentos de desempate (ponderables, Mipyme nacional, vinculación del 10% de la planta de personal de personal con discapacidad)

1.2.1. Documentos habilitantes.

En el acápite anterior se mencionó que los procesos de contratación a través del mecanismo de licitación pública se determina con base en la calificación objetiva de algunos aspectos, estos requisitos se contemplan en el pliego de contratación y en la ley; Pachón (2014) define los documentos habilitantes como aquellos que certifican las habilidades mínimas que el proponente debe acreditar para lograr participar en el proceso de licitación y posteriormente acceder a la contratación con el Estado; las aptitudes se miden en esta documentación mediante tres criterios, la definición de las capacidades jurídica, financiera y organizacional, estos documentos no otorgan puntuación en la contratación esto los hace subsanables ante error, sin embargo, acreditan los requisitos para la participación en los procesos de selección.

Los documentos técnicos, son aquellos que representan las calidades necesarias para ejecutar la propuesta presentada, Rosero (2011) explica como los requisitos varían dependiendo del tipo de contratación, sin embargo, nunca puede dejarse de solicitar documentos que acrediten la constitución legal o capacidad jurídica del proponente en aras de que la contratación no se vicie por falta de elementos esenciales de una relación contractual, la capacidad financiera se determina a través de documentos (Estados de cuentas, balances financieros, estados de utilidades, documentos contables, en la actualidad estos se verifican por medio del RUP) que permitan establecer las condiciones financieras y contables del proponente, a fin de que tenga la capacidad económica y de endeudamiento para ejecutar

la propuesta que ha presentado y por último, al referirse a la capacidad organizacional se hace alusión a la certificación del poder efectuar la propuesta presentada en términos de hacer, se trata de medir la experiencia del proponente y la calidad de su desempeño en prestaciones anteriores.

Algunos autores defienden que el interés público de la licitación se manifiesta en la visualización de las propuestas a través de los documentos habilitantes como la opción de garantizar una primera etapa de selección objetiva que busque el cumplimiento del interés general a través de garantizar de manera probable la mejor selección; Arana, Castillo, Torres y Villalba (2014) sostienen esta tesis, planteando que no hay acto más público y de interés general que la destinación de recursos a través del gasto público por medio de la contratación estatal en modalidad de licitación pública.

1.2.2. Documentos ponderables.

Los documentos ponderables, son aquellos que acreditan una condición especial por parte del oferente y que hacen que este tenga preferencia sobre sus competidores, estos documentos permiten establecer condiciones de diferenciación que permitan favorecer a aquellos oferentes que en razón de alguna condición como la discapacidad o la nacionalidad se vean favorecidos en el proceso de selección; estos factores además serán determinantes en el entendido de propuestas similares o con valores de calificación similares.

Estos documentos al acreditarse permiten facilitar el sistema de preferencia para la elección de una oferta, existen cuatro tipos de documentos ponderables: 1) Los que acreditan vinculación de personal con discapacidad, 2) Los que acreditan industria nacional, 3) Ofrecimientos adicionales y 4) Oferta económica determinada en ocasiones por formulas presentadas que se evalúan con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM).

El Decreto 392 de 2018 incluyó el factor ponderable por concepto de vinculación de personal en condición de discapacidad por parte de los oferentes, esto dará favorabilidad a la

selección de la propuesta mediante el otorgamiento del 1% del total del puntaje a quién acredite las condiciones de la siguiente tabla:

Tabla 1.

Factor ponderable por concepto de vinculación de personal en condición de discapacidad

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

Fuente. Elaboración propia. Datos Decreto 392 (2018)

Esta tabla permite establecer de manera objetiva el número mínimo de trabajadores con discapacidad que el oferente debe tener en razón al total de la planta de personal para ser tenido en cuenta para este beneficio; los documentos de validación para acreditar la condición de discapacidad será el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo donde se relaciona la planta de personal del oferente y el número de trabajadores vinculados en condición de discapacidad, además de un documento expedido por el representante legal o revisor fiscal donde se relaciona el número de personas de la planta de personal y discapacitados vinculados al momento del cierre del proceso de contratación.

Se crea una lógica de protección a los bienes y la industria nacional, si las ofertas de industria nacional quedan en igualdad de condiciones con una empresa internacional, se preferirá aquella que sea de industria nacional o que ofrezca bienes de la industria nacional, esto se certifica en la etapa preliminar con la presentación detallada de la oferta, en la etapa preliminar de presentación, lo anterior en atención al principio de reciprocidad.

El Decreto 1082 de 2015 establece que para la ponderación se tendrán en cuenta aquellos oferentes que en términos técnicos o económicos tengan ofrecimientos adicionales,

es decir que propongan un valor agregado en la oferta que se represente en condiciones de ejecución que se materialicen a través de una propuesta elementos adicionales.

Por último, se evalúa el aspecto económico de la oferta que cada proponente presenta el día de presentación de la oferta, esta se pondera con base en una tasa porcentual derivada de una fórmula matemática que se obtiene con base en la TRM quien presente la oferta con el valor más cercano al resultado de la formula sumara puntos adicionales a los ya adquiridos en las etapas anteriores, las fórmulas pueden ser menor precio, media geométrica, media aritmética, entre otras fórmulas.

Lo anterior se emplea con el objeto de imprimir transparencia a los procesos de selección, sin embargo, no es de obligatoria utilización en los procesos; los documentos ponderables, como su nombre lo dicen, son aquellos que tienen un valor matemático que se asigna según las condiciones preestablecidas, califican el valor económico, el apoyo a la industria nacional y el valor agregado que un oferente puede dar; estos documentos, son el soporte de acreditación de condiciones espaciales que permiten dar calificaciones técnicas especiales, en términos de ejecutabilidad y de condiciones de favorabilidad que aumenten factores económicos de importancia común.

López (2019) plantea estos documentos como “aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión” (p.278) en el mundo externo a la contratación, es decir, los toma como aquellos elementos, que persiguen una lógica común y un impacto positivo dimensionarle en la realidad, como el crecimiento económico a través de las PYMES (pequeñas y medianas empresas).

2. Régimen de subsanabilidad

El régimen de subsanabilidad en Colombia se ha desarrollado a partir de la normativa vigente, pero sobre todo por el compendio jurisprudencial, dado que la normativa vigente se ha aplicado con algunos problemas hermenéuticos frente a los cuales el Consejo de Estado ha tenido que pronunciarse para la implementación de un régimen claro y preciso, que sea aplicable a todos los oferentes por igual.

El proceso de subsanabilidad, consiste en explicar o aclarar o aportar documentos que fueron presentados en el proceso de convocatoria, aunque no hay una lista taxativa a través de la interpretación normativa se ha dicho que son subsanables aquellos documentos que por su naturaleza no asignen puntaje al oferente “En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la etapa de traslado”(Ley 1150 de 2007 Art. 5 parágrafo 1, p. 12).

El deber ser de la oferta parte de hacer propuestas concretas, claras y coherentes, que se ciñan a las exigencias propuestas por el Estado, con un factor fundamental como regla general el cual tiene como premisa que cada propuesta presentada está completa; no obstante, “es posible que se cometan errores dado que el proceso contractual no es un marco cerrado que busca depurar proponentes de manera indiscriminada” (Consejo de Estado Sentencia Rad. 40.660 del 29 de julio de 2015, p. 44).

Es importante aclarar, que dicha oportunidad de subsanar como regla excepcional a la presentación de la oferta no debe alterar lo sustancial y menos aún desconocer garantías propias de los procesos públicos, como quiera que si estas se desconocen se vulnerarían derechos y oportunidades a los proponentes; por tanto, la subsanabilidad como regla excepcional no debe desbalancear la relación entre oferentes.

Si se respeta este supuesto se puede permitir que se subsane sin que se rompa el equilibrio natural entre oferentes, dado que si se genera una ruptura entre los proponentes a causa de la aplicación de la subsanabilidad se podría estar frente a una desigualdad material.

En una entrevista con Contratación en Línea (2017) el exmagistrado del Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio propone que en cada caso frente al régimen de subsanabilidad deben diferenciarse las *hipótesis de falencias*, es decir los supuestos facticos que pueden cambiar según el proceso que se adelanta y que en virtud del principio general buscar no alterar las circunstancias de elección, para no romper el equilibrio técnico frente a lo fundamental.

La jurisprudencia ha sostenido que la subsanabilidad es apreciable como derecho con límites materiales y formales para la determinación de la oportunidad y de la documentación subsanable; además se ha planteado la operancia del silencio administrativo positivo, en otras palabras, si la administración guarda silencio es porque no hay nada que subsanar o lo que fue subsanado es correcto, todo esto a razón del principio de buena fe y lealtad

2.1. Evolución normativa

Para entender la subsanabilidad en concreto se puede definir como

La acción que emprende un proponente, ante la entidad estatal, para completar o satisfacer un requisito, no sujeto a calificación, que le falta a su propuesta para que pueda ser evaluada y por lo tanto, para que la misma cumpla con las exigencias del pliego de condiciones (Rodríguez, 2016, p.155).

Este acápite parte de la Ley 80 de 1993 dado que en lo correspondiente al desarrollo histórico se hizo alusión a la normativa empleada en Colombia antes de la Constitución de 1991 y la Ley 80 de 1993.

La evolución normativa del régimen de subsanabilidad parte de entender dos acepciones, una liberal de libre mercado en la cual se ubica la primacía del derecho formal y otra tuitiva de la Corte Constitucional donde prima lo material a través de la esfera del bien común, en ese tránsito normativo la base es siempre la Ley 80 de 1993, sin embargo, esta se queda corta por sus pocas decisiones acerca de la subsanabilidad, presentándola como un derecho en cabeza de la entidad administrativa sin termino alguno para efectuarse.

La Ley 1150 de 2007 fue donde se da un cambio frente al esquema de subsanabilidad; tras el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se empiezan dilucidar ciertos aspectos frente a los cuales la subsanación no aumenta ni resta puntuación, documentos que por errores comunes pueden alterar una propuesta, que pueden ser subsanados sin sacrificar el proceso de selección objetiva, evidentemente planteando la primacía de lo material sobre lo formal.

No obstante, con estos avances también se incorporan dos elementos que generan controversia, el primero la cualidad facultativa de solicitud de subsanación de documentos por parte de la entidad, dejando a la suerte el derecho del proponente a subsanar; el segundo, es el plazo perentorio para la subsanación, dado que reglamenta ambiguamente el plazo diciendo hasta el momento de la adjudicación, en ese entendido el proponente podría en audiencia de adjudicación subsanar documento, acarreando consecuencias que impliquen sacrificar la igualdad entre proponentes, la eficiencia y la transparencia, lo cual fue corregido con la Ley 1882 de 2018 al establecer que la subsanación solamente se puede ejercer hasta el término de traslado (Beltrán, 2018).

El Decreto 2474 del 2008 tuvo como fundamento la reglamentación de la Ley 80 y 1150 del 2007 incentivó los principios de publicidad y selección objetiva dando claridad en que debe regir con transparencia, economía, responsabilidad administrativa y analizando el alcance de riesgos contractuales, puesto que no en todas las licitaciones cumplían con los requisitos ni las exigencias establecidas por el contratante.

El Decreto Ley 4170 de 2011 crea la Agencia nacional de Contratación Pública, como una unidad administrativa diseñada para la creación y direccionamiento de la política público-económica en torno a la contratación estatal, los agentes y partícipes que se organizan mediante procesos de compra pública; desde su creación, esta unidad administrativa se ha encargado del manejo público de la contratación estatal, generando directrices que permitan unificar procesos para aumentar la transparencia y maximizar el ámbito de aplicación de los principios rectores de la actividad administrativa.

En 2012, se expidió el Decreto 734, el cual contemplaba en su artículo 2.2.8 el aspecto de subsanabilidad, estableciendo la subsanabilidad como una facultad de la entidad para requerir documentos y contemplaba la posibilidad de subsanar hasta la adjudicación.

Después de lo anterior se expide el Decreto 1510 de 2013 en donde se establecían los objetivos del sistema de compras públicas, para que todas las entidades se ciñan a los mismos objetivos maximizando el principio de selección objetiva y buscando establecer parámetros básicos idénticos para todas las entidades; por tanto, el decreto define los intervinientes en los procesos, define los objetivos, hace definiciones generales sobre contratación y genera planes de adquisición junto con otras estrategias que permitan establecer pasos claros para las diferentes modalidades de selección estatal, si bien este decreto deroga el Decreto 734 de 2012, no realiza precisiones frente al régimen de subsanabilidad.

El Decreto 1510 del 2013 reglamenta la contratación pública y el sistema de compras en el cual se mantiene como un instrumento facultando a las entidades para la aplicación de normas y posteriormente la decisión se da publicidad en el SECOP, se da indicios de un derecho blando generando ultractividad y retrospectividad en el reglamento y no en la ley.

Posteriormente el Decreto 1082 de 2015 fortalece los procesos de contratación estatal y modifican con nuevas claves el sistema de infraestructura nacional, se modifican normas anteriores y se compila la reglamentación que se ha realizado en decretos anteriores; además se reconoce la presentación de ofertas de forma dinámica, lo que permite hacer ajustes y

modificaciones a los precios, sin embargo, en este Decreto tampoco se hace mención al régimen de subsanabilidad.

Es con la Ley 1882 de 2018 donde se modifica precisamente el principio de selección objetiva haciendo una obligación solicitar los documentos a los que hubiera lugar, no solo de manera dispositiva sino de manera taxativa para la entidad, fijándose como un derecho de creación legal para el proponente, la Ley 1882 de 2018 modificó la Ley 1150 de 2007, limitando la subsanabilidad hasta el término de traslado so pena de rechazo de la oferta.

A continuación, se expone algunos cambios normativos importantes según Beltrán (2018),

Tabla 2.

Cambios normativos según Beltrán (2018)

Parágrafo 1		
	Art. 5° Ley 1150 de 2007	Art. 5° Ley 1882 de 2018
Carácter de la norma	Carácter optativo Todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje (...)	Carácter impositivo Todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje deberán (ya no podrán) ser solicitados (...)
Oportunidad para subsanar	Hasta la adjudicación	Hasta que finaliza el plazo de traslado del informe de evaluación
Consecuencia	Dependía del criterio de la Entidad	Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información en oportunidad
Incorpora	No aplica	Imposibilidad de acreditar con fines de subsanación circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre

Fuente. Elaboración propia. Datos Beltrán (2018).

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente. (201) expide la circular externa única, donde compila y actualiza en un solo cuerpo normativo 25 circulares, facilitando el acceso a la información sobre contratación estatal, el documento reúne temáticas sobre subsanabilidad, ofertas, SECOP I y II, documentos habilitantes, manuales, guías, incentivos, contratación con entidades sin ánimo de lucro entre otros.

La Circular Única detalla la forma de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) y tiene un acápite dedicado a desarrollar la subsanabilidad como derecho de proponente, validando la tesis normativa que impide el rechazo de plano de la oferta por ausencia o error en algunos requisitos y reafirmando lo ya establecido por la Ley 1882 de 2018, en cuanto a subsanar hasta el término de traslado.

2.2. Evolución jurisprudencial

La normativa a lo largo de su evolución ha permitido sentar ciertas bases para entender el régimen de subsanabilidad, sin embargo, ante la ausencia de precisión conceptual se han generado ambigüedades y vacíos en el ordenamiento jurídico; por tanto, el Consejo de Estado se ha visto en la tarea de unificar las interpretaciones y generar un concepto preciso que delimite los límites formales y materiales del Derecho en torno a la subsanabilidad.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante Concepto 1992 del (20 de mayo de 2010), siendo el Consejero Enrique Arboleda sienta la tesis de la subsanabilidad como derecho de la administración para llevar a cabo el cumplimiento del principio de selección objetiva, el cual Bahamón (2018) define como el imperativo por el cual la entidad debe seleccionar las mejores propuestas en términos de economía y calidad, volviéndose un deber buscar lo mejor en los términos que la ley señale.

De lo anterior, bajo esa luz, la comisión de un error afectaría la propuesta, pero para poder ejecutar a cabalidad el principio de selección objetiva el Consejo de Estado determinó que era un derecho de la administración permitir que los documentos se subsanaran para que

una buena oferta pudiera seguir participando en el proceso de licitación y posteriormente de adjudicación.

Así mismo, el Consejo de Estado Sala de la Sección Tercera en sentencia rad-37.785 del (26 de enero de 2011) Magistrada Ruth Correa, plantea la diferencia entre la condición habilitante y los documentos habilitantes, discusión que radica en que una es la naturaleza jurídica de una actividad y otra es la actividad probatoria derivada de la misma actividad, en el escenario de la licitación pública, dice la sentencia, la capacidad jurídica como condición habilitante es insubsanable, esto quiere decir que la capacidad jurídica como requisito es una necesidad sine qua non para la presentación de la oferta; la condición como requisito es expresa en el pliego para la proposición de la oferta, siendo no susceptible de error.

Los documentos por su parte son susceptibles de error y por tanto pueden acreditar en virtud de una *Hipótesis Fáctica* una calidad jurídica equivocada que plantea distintas acepciones diferentes a la real, por tanto, el Consejo de Estado ha desarrollado la postura de 1) diferenciar entre capacidad jurídica y documentos que acrediten tal calidad, y 2) declarar como no subsanable la falta de capacidad

Esta vez, en cabeza de Enrique Gil, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sentencia Rad. 25.804 del (26 de febrero de 2014) explica la subsanabilidad como derecho del proponente, cambiando por completo el régimen jurídico de la subsanabilidad; esta decisión transfiere la titularidad del derecho de la entidad contratante al oferente con la salvedad que dicha facultad del proponente debe establecerse en un término perentorio razonable, teniendo como término final la audiencia de adjudicación.

Se ve como el Consejo de Estado construye su propia línea jurisprudencial, adecuando poco a poco un régimen jurídico paralelo al legal, este régimen constituido por sentencias permite esclarecer la normativa que ha solido ser confusa y ambigua; esto permite

que las entidades contratantes y los oferentes puedan negociar en los mismos términos y presentar la documentación en oportunidades claramente definidas.

Ahora bien, para el 2014 eran pocos los aspectos que el Consejo de Estado no había aclarado, solo faltaba el termino perentorio el cual se trató en Sentencia 760012331000199801093 01 del (26 de noviembre de 2014) Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera, fijando el precedente que, si bien es un derecho subsanar documentos con características ya descritas en este trabajo, debe darse un término claro y preciso, el cual debe dar la entidad contratante que presentó el pliego, siempre en términos razonables y posibles de cumplir.

Por Ultimo el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en Sentencia Rad. 40.660 del (29 de julio de 2015) C.P Jaime Orlando Santofimio cierra la línea con dos apreciaciones, la primera que hay documentos que por ministerio de la ley se subsanan automáticamente y segundo que la condición habilitante debe darse antes del cierre de la convocatoria.

3. Documentos subsanables y no subsanables

La Ley 1882 de 2018 garantiza el principio constitucional del debido proceso, en donde permite controvertir decisiones adoptadas para el cumplimiento de los fines de la contratación pública, constituyendo la escogencia de la mejor propuesta satisfaciendo la necesidad y garantizando el interés público.

El debido proceso vislumbra que los oferentes en la presentación de ciertas propuestas se les permita subsanar ciertos documentos que acrediten un requisito, en particular, los requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden ser solicitados por las entidades La ley explica que un documento puede ser subsanable incluso cuando este no presente todos los requisitos, siendo

El certificado de RUP del proponente singular o cada uno de los miembros del consorcio, el certificado de existencia y representación legal o registro mercantil expedido por la Cámara de Comercio, fotocopia del documento de identidad del representante legal o apoderado, en caso de que existan limitaciones estatutarias frente a las facultades del representante legal las respectivas autorizaciones para la realización del contrato (Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, 2018, p. 36).

La oportunidad de corregir la propuesta se configura en términos de un derecho para cada oferente, el cual le permite modificar el defecto que se presenta, aclarar alguna situación o corregir un error, todo esto dentro del plazo que la entidad le otorgue al oferente.

Es importante que, durante el término de subsanar documentos, los proponentes no podrán acreditar circunstancias que no se hubiesen presentado con posterioridad al cierre del proceso de selección, es decir, la subsanación solo versa sobre documentos ya presentados; por tanto, no se puede dar en cuanto a la incidencia en mejora de propuesta que puedan afectar en si la comparación de las propuestas y la incidencia del puntaje.

En concordancia con los acápites anteriores, serán subsanables los documentos que acrediten condiciones que no son para otorgar puntaje, o condiciones habilitantes, aquellos que, por el contrario, pretendan acreditar una condición que otorgue puntaje no podrán ser subsanados.

En todo caso, como plantea el exmagistrado Santofimio del Consejo de Estado en entrevista con Contratación en Línea (2017) lo que se puede subsanar es el documento, la condición en si no se subsana, dado que esta corresponde a un fenómeno en el mundo real, que es susceptible de tiempo, modo y lugar; sin embargo, estas circunstancias de tipo factico se acreditan a través de documentación

3.1. Documentos habilitantes jurídicos

Dentro de las diferentes tipologías de documentos habilitantes que se pueden encontrar, los jurídicos hacen referencia a la capacidad jurídica de la persona a contratar (Bien sea natural o jurídica) en ese entendido, habrá que partir del concepto jurídico de capacidad, De Castro y Martínez (2011) definen la capacidad jurídica, como una atribución normativa genérica, que permite a las personas establecer relaciones de sujeción jurídica, es decir, posicionarse en actos jurídicos como titulares de derechos y obligaciones.

Es decir, que la capacidad jurídica se acredita con el objeto de demostrar la condición requerida para obligarse, a fin de poder celebrar contrato como instrumento de mercado y de poder establecer relaciones reguladas por marcos normativos específicos, que concedan derechos o graben al titular con obligaciones, sean estas de carácter legar o contractual.

Estos documentos demuestran la facultad que tiene una persona de contratar con el Estado, al ser la parte dominante de la relación el Estado, el régimen para la capacidad es de cierto modo más estricto; para la modalidad de contratación que se ha trabajado durante el presente escrito, se requiere para según expresa la agencia nacional de compras (2014) que sea “persona natural que sean mayores de 18 años, que “no estén expresamente inhabilitadas por decisión judicial o administrativa, y que no estén incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley”(p.9) sentencia o acto administrativo.

En el caso de las personas jurídicas en Colombia, se debe ceñirse a lo establecido en el Código de Comercio y normas concordantes para dotarlas de capacidad mediante los actos propios de constitución; todo esto para poder concluir con la celebración de un negocio jurídico entre un particular y la administración; para personas naturales bastara con la presunción legal de capacidad, la que se demuestra con los documentos de identificación.

Llanos y Sánchez (2011) interpretan la capacidad dentro del acto jurídico como elemento esencial para la manifestación de la voluntad, la enmarcan dentro de un requisito

normativo que tiene por finalidad establecer parámetros objetivos que permitan la celebración del contrato en torno al elemento subjetivo como quiera que este debe comprometerse y debe tener las condiciones para poderse obligar.

Estos documentos, garantizan la capacidad posterior de exigibilidad de cumplimiento y permiten prevenir la existencia de vicios posteriores que puedan ser causal de nulidad de la adjudicación, lo cual retrasaría lo que se propone con la licitación además haría incurrir en costos adicionales a la administración, haciéndola menos eficiente y eficaz.

3.2 Documentos habilitantes financieros

Los documentos financieros acreditan en términos estrictos la capacidad económica que tiene un oferente para poder desarrollar aquello que ofrece en términos de recursos, estos muestran el estado financiero del oferente, por cuanto están sus activos y pasivos, se determinan a través de fórmulas contables.

Esta documentación, permite hacer prospecciones económicas sobre el costo final y verificar que se tenga la capacidad económica para cumplir la oferta presentada; Prieto (2010) muestra como a través de los estados financieros se puede leer la capacidad económica de una organización y demuestra que, a través de la contabilidad como instrumento se puede verificar la realidad de una empresa frente a sus recursos económicos, ver el nivel de cumplimiento y de crecimiento, además de estimar como usa sus recursos.

Por su parte, el numeral 3 del art 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que los aspectos financieros deben ser como mínimo “3. Capacidad Financiera – los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado:3 .1. Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente.3.2. Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total.” (Departamento Nacional de Planeación DNP, 2015, p. 15).

El índice de liquidez permite saber que tanto dinero tiene o puede llegar a tener el oferente, la liquidez es la capacidad y facilidad que tiene cualquier bien para convertirse en dinero, esto se mira para ver la capacidad dineraria de la empresa, se expresa en cuentas reales que se materializan a través del balance general; el índice de endeudamiento, por su parte, permite hacer una prospección crediticia del oferente, para determinar su capacidad de endeudamiento por si en la ejecución de la oferta fuese necesario acudir a créditos para financiar lo ofrecido.

Estos documentos, se presentan en forma de resultados financieros, análisis de datos y operaciones matemáticas, a su vez, de forma contable se ven a partir de los estados financieros (Balance General y Estado de Pérdidas y Ganancias); no obstante, la administración podrá solicitar información adicional a bien lo crea necesario para poder estar segura sobre la decisión de la adjudicación.

3.3 Documentos habilitantes técnicos

Ahora bien, los documentos habilitantes técnicos, corresponden a la demostración de las capacidades del oferente en cuanto a la ejecución propiamente dicha, son los que prueban la capacidad de una organización sólida, de agentes que realicen la oferta, las capacidades tecnológicas etc.; es decir, son los documentos que acreditan la organización de la propuesta

Estos documentos, permiten conocer por parte de la administración cual es la forma en que se ejecutara la oferta, esto en términos de capacidad técnica, se refieren entonces, a documentos que muestren condiciones de experiencia, personal o de tecnología para la ejecución del proyecto que solicita.

Estos documentos, como los anteriores no suman valor a la propuesta, son requisitos habilitantes para poder competir por la adjudicación; Bastida y Leff (2001) plantean que la capacidad técnica consiste en un tema organizacional y de gestión, que posiciona a una empresa sobre otra en términos de competitividad en el mercado globalizado.

Para los autores, responde a la incorporación de elementos prácticos que permitan el desarrollo de una actividad comercial, que sustenten la planeación y que permitan mejorar los procesos productivos o de prestación de servicios.

3.4 Documentos de desempate

Existe además la posibilidad que durante el proceso se asignan el mismo puntaje a diferentes oferentes, es decir, quienes son participantes del proceso de licitación tengan el mismo puntaje final en el momento de la adjudicación, sin embargo, la ley prevé sus casos y el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.9 prevé dicha posibilidad, y en dicho caso propone una fórmula que establece a quien deberá adjudicársele la licitación.

En ese entendido el artículo citado propone que como primera fórmula de desempate deberá darse en adjudicación la licitación a quien en tu viese el mayor puntaje dentro de la contienda inicial, por tanto, quién hubiese obtenido mayor puntaje en la primera etapa que asigna puntaje tendrá la adjudicación por este hecho, si en el primero quedaren empatados se hará con el segundo y el tercero y así respectivamente.

De persistir la situación de empate la entidad estatal deberá utilizar una de las reglas que el mismo artículo establece, tiene por tales preferir los bien y servicios que sean prestados por la industria nacional antes de los extranjeros, como segunda opción tiene también escoger cuando exista pequeña mediana empresa nacional, también será preferente el consorcio que tenga al menos una mediana o pequeña empresa nacional que tengo participación de al menos el 25% y en un acto de inclusión se tenga preferencia frente a las empresas con particulares que tengan a su cargo y que acrediten la condición de al menos un 10% de su nómina con personal en situación de discapacidad en cuanto a lo que se refiere a la Ley 361 de 1997.

Dichas características se acreditan con los documentos de constitución de las empresas, los consorcios y las uniones temporales, en los casos de la incursión de

discapacitados en la planta laboral se hará con un certificado expedido por el Ministerio de Trabajo.

Conclusiones

Este artículo, ha permitido establecer 1) las diferencias entre los distintos tipos de documentos, habilitantes y ponderables, visto desde la lógica de la contratación estatal, en el entendido de la división del proceso en dos etapas, una fase inicial (en la que se presentan los documentos habilitantes) y la etapa de ponderación y calificación (donde se presentan los documentos ponderables).

Esta división permite establecer como documentos subsanables, aquellos que por su falta de incidencia en la puntuación para la selección de oferentes se puedan corregir, cambiar o modificar, para efectos de poder continuar siendo parte del proceso, es decir, los documentos habilitantes que acrediten capacidad jurídica, financiera y técnica, sin perjuicio de otros que la entidad administrativa disponga como tal.

Para lo cual se han establecido reglas de términos que el Consejo de Estado ha desarrollado, el trabajo de este órgano ha permitido facilitar la tarea de conceptualización y comprensión de la subsanabilidad, con el objetivo de regular dicha actividad y mantener tiempos de contratación; esto para no prolongar los tramites y poder cumplir con las funciones administrativas y los principios rectores que rigen dicha actividad.

Es por lo anterior que este trabajo como análisis de la norma jurídica y la jurisprudencia establece como es posible subsanar los documentos que acrediten condiciones específicas que no asignan puntaje para el proceso de selección, es decir, es posible subsanar documentos que certifiquen la capacidad técnica, jurídica y financiera, hasta el término de traslado; establecer estos términos constituye una garantía para el oferente, materializándose como un derecho dispositivo dentro del proceso de selección.

Referencias

- Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente. (2018). *Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente*. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf
- Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente. (2014). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación*. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf
- Arana, E. Castillo, F. Torres, M. & Villalba, F. (2014). *Nociones básicas de contratación pública*. Tecnos. Recuperado de https://www.cortesaragon.es/fileadmin/_DMZMedia/biblioteca/boletinNovedades/201406/54.pdf
- Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá D.C. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público
- Bastida, M. & Leff, E. (2001). *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable perspectivas de América Latina y el Caribe*. México D.F. México: UNAM.
- Beltrán, J. (2 de abril de 2018). *La subsanabilidad después de la Ley 1882 de 2018*. [Archivo en Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=CqlwQI2FIAC>
- Cámara de Comercio de Bucaramanga. (16 de septiembre de 2015). *Conozca más acerca de contratación pública / Cámara de Comercio de Bucaramanga*. [Archivo en video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=m3zDggTexfo>
- Coase, R. (1960). El problema del costo social. *The Journal of Law and Economics*. Recuperado de https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45_coase.pdf
- Contratación en Línea. (3 de agosto de 2017). *La subsanabilidad de la oferta*. [Archivo en Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=I41rm6-Jaz4>

- Cooter, L., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics*. Recuperado de <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>
- De Castro & Martínez. (2011). *Diecisiete lecciones de teoría del derecho*. Madrid. España. Universitas.
- Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2015) Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación Nacional. Bogotá D.C.: DNP. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>
- Espitia, F. (2012). *Historia del Derecho Romano*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, I. (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Armenia. Colombia: Casa Editorial Universidad la Gran Colombia.
- Gallego, M. (2017). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa*, 4, 92-93. Recuperado de <https://search-proquest-om.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/docview/2002138266?accountid=45660>
- López, C. (2019). Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las oferta. *Revista Digital de Derecho Administrativo* Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5707/7536#toc>
- Llanos, R. & Sánchez, M. (2011). El mundo del acto jurídico y del negocio jurídico. *Derecho y Cambio Social*, 26, 1-13. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496836>
- Medina, E. (2019). *Historia de la Contratación Estatal en Colombia*. Recuperado de https://www.academia.edu/36651847/Historia_de_la_Contrataci%C3%B3n_Estatal_en_Colombia
- Pachón, C. (2014). *Contratación Pública. Análisis normativo descripción del procedimiento*. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones.
- Palacios, M. (2016). *Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la agencia nacional de hidrocarburo*. (Tesis de

- Maestría). En Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad del Rosario.
- Prieto, C. (2010). *Análisis Financiero*. Bogotá. D.C. Colombia. Fundación Para La Educación Superior San Mateo.
- Rodríguez, L. (2018). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*. (Trabajo de Grado). Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C.
- Rodríguez, M. (2016). *Evaluación y Rechazo de Oferta en la Ley 80 de 1993*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez
- Rosero, M. (2011). *Contratación estatal: Manual teórico práctico*. Bogotá D.C.: Ediciones de la U. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>
- Solórzano, M., Navío, J., & Contreras, R. (2015). Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas. *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, (4) Recuperado de <http://dx.doi.org.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/10.24965/real.v0i4.10306>

Normatividad

- Constitución Política de Colombia de (1991). *Revisada y actualizada*. 41 ed.edición. Bogotá D.C.: Legis,
- Decreto 351 de 1955 (febrero 18). Por el cual se dictan algunas normas de carácter administrativo y fiscal sobre contratos y reservas. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* 28.699 del 4 de marzo de 1955
- Decreto 1050 de 1955 (abril 14). Por el cual se organiza el crédito público de los Departamentos, Municipios y organismos autónomos descentralizados. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* 28.742 del 28 de abril de 1955

- Decreto 528 de 1964 (marzo, 09). Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* 31.330 del 1 de abril de 1964
- Decreto 2474 de 2008 (julio 07). Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 47.043 del 7 de julio de 2008
- Decreto Ley 4170 de 2011 (noviembre 03). Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial*. 48.242 del 3 de noviembre de 2011
- Decreto 734 de 2012 (Abril 13). Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 48400. 13, abril, 2012
- Decreto 1510 de 2013 (julio 17). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. *Diario Oficial* 48.854 del 17 de julio de 2013
- Decreto 1082 de 2015 (mayo 26). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* 49.523 del 26 de mayo de 2015
- Decreto 392 de 2018 (febrero 26). Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.: *Diario Oficial* 50.519 de febrero de 2018
- Ley 104 de 1893 (diciembre, 26). Sobre ferrocarriles. Bogotá D.C: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 9029 del 30 de diciembre de 189

Ley 110 de 1912 (noviembre 23). Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. Bogotá D.C: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 14.845 del 19 de marzo de 1913

Ley 80 de 1993 (octubre 28). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Ley 1150 de 2007 (julio 16). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Público. Bogotá D.C: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 46.691 del 16 de julio de 2007

Ley 1882 de 2018 (Enero 15). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 50.477 del 15 de enero de 2018

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (20 de mayo de 2010). *Concepto* 1992 . C.P Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá D.C.

Consejo De Estado, La Sala de la Sección Tercera. (26 de enero de 2011). Sentencia 11001-03-26-000-2009-00116-00(37.785). C.P Ruth Stella Correa. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de febrero de 2014). Sentencia 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804). C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (26 de noviembre de 2014). Sentencia 760012331000199801093 01 .C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (19 de febrero de 2015). Sentencia 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC). C.P Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (29 de julio de 2015). Sentencia 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660). C.P Jaime Orlando Santofimio. Bogotá D.C.